

**RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.**

**A R R E S T**

**nr. 137.788 van 30 november 2004  
in de zaak A. 157.377/XII-4303.**

In zake : de NV SYNCERA BELGIUM,  
die woonplaats kiest bij  
advocaat D. Van Heuven,  
kantoor houdende te 1050 Brussel,  
Louizalaan 240

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,  
dat woonplaats kiest bij  
advocaat K. Ronse,  
kantoor houdende te 1050 Brussel,  
Louizalaan 149, bus 20.

tussenkommende partij :

de NV ABO,  
die woonplaats kiest bij  
advocaat G. Sepelie,  
kantoor houdende te Gent,  
Derbystraat 293.

---

**DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,**

Gezien het verzoekschrift dat de NV Syncera Belgium op 10 november 2004 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van de

- “1. Beslissing d.d. 3 november 2004 van de Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, Afdeling Wegenbeleid en Beheer betreffende de openbare aanbesteding van diensten voor bodemsaneringsdeskundigen, zoals geïnitieerd op basis van het bestek nr. 16EH/03/39, waarbij aan verzoekende partij wordt meegedeeld dat zij niet weerhouden werd voor deze opdracht
2. Impliciete gunningsbeslissing s.d. waarbij de opdracht wordt gegund aan de N.V. A.B.O., met maatschappelijke zetel te 9051 Gent, Derbystraat 303”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 16 november 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 23 november 2004, om 11.00 uur;

Gezien het ter terechtzitting neergelegd verzoekschrift waarbij de NV Abo vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. Van Heuven, die verschijnt voor verzoekster, van advocaten K. Ronse en J. Bert, die verschijnen voor de verwerende partij, en van advocaat G. Sepelie, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur L. Vermeire;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

1.1. In het Bulletin der Aanbestedingen van 20 augustus 2004 wordt een overheidsopdracht voor het “uitvoeren van diensten door bodemsaneringsdeskundigen ten behoeve van werken in het kader van het wegwerken van gevaarlijke punten en wegvakken op de gewestwegen in Vlaanderen” aangekondigd. Deze opdracht wordt beheerst door het bestek nr. TV3V-MHO-2004.

1.2. De gunning gebeurt bij wijze van openbare aanbesteding waarbij de rangschikking van de inschrijvers gebeurt op grond van de door iedere inschrijver aangeboden procentuele korting of verhoging op de door de aanbestedende overheid vastgestelde eenheidsprijzen (Bestek, Algemene Bepalingen, punt 1.3).

1.3. De verzoekende partij dient, nog onder de naam NV Bosol Milieuadviseurs, met een brief van 10 september 2004 een offerte in maar beslist nog vóór de opening van de offertes deze offerte in te trekken en te vervangen door een nieuwe offerte.

Volgens verzoekende partij neemt zij daartoe contact op “met de heer Roelants van verwerende partij” en wordt “op diens voorstel” de oorspronkelijke offerte middels een faxbericht, verstuurd op 17 september 2004 om 8 u 53 ingetrokken.

Dit bericht meldt dat de verzoekende partij haar eerste inschrijving wenst te annuleren en dat de geldige inschrijving degene is die “vandaag (17 september 2004) via koerier afgeleverd is tegen ontvangstbewijs”.

Dit bericht wordt niet bevestigd door een aangetekende brief neergelegd bij de post.

De verzoekende partij benadrukt dat “de heer Roelants helemaal niet heeft gevraagd om een bevestiging per aangetekend schrijven”.

Op 17 september 2004 wordt om 9 u 50, door een drager tegen ontvangstbewijs, een nieuwe offerte ingediend waarin de inschrijvingsprijs is verlaagd, meer bepaald een hogere korting verleend.

1.4. Blijkens het proces-verbaal van de opening der inschrijvingen van 17 september 2004, dat verwijst naar een geraamde korting van 20 % per perceel, zijn er voor de percelen West- en Oost-Vlaanderen zes -dezelfde- inschrijvers en voor de andere percelen zeven dezelfde inschrijvers waaronder steeds de verzoekende en de tussenkomende partij, waarbij de eerste de hoogste korting biedt (46 %) en ABO de tweede hoogste (45,02 %). Als opmerking wordt in dit proces-verbaal verwezen naar de intrekking per fax van 17 september 2004 van de eerste offerte van de verzoekende partij en naar de andere inschrijving afgeleverd per drager.

1.5. Het gunningsverslag van 28 september 2004 geeft relaas van een administratieve controle van de offertes. Daarbij worden alle offertes regelmatig geacht behalve deze van de tijdelijke handelsvennootschap LAD aangezien deze

offerte niet binnen de gestelde termijn is ontvangen in een definitief gesloten omslag, en deze van de verzoekende partij.

Betreffende deze laatste wordt vastgesteld :

“Door BOSOL Milieu-adviseurs werden twee offertes ingediend. Net voor de opening der biedingen is bij de aanbestedende overheid een fax toegekomen waarbij BOSOL zijn eerste offerte introk en verwees naar een nieuwe offerte die per koerier bezorgd was. Nadien is evenwel geen aangetekende zending ontvangen die deze intrekking bevestigt en die ten laatste de dag vóór de opening bij de post afgegeven had moeten zijn (art. 105 §2 2° van KB 8 jan 1996). Bijgevolg werd deze offerte niet regelmatig ingetrokken en moet ze als geldig worden beschouwd. BOSOL heeft dus twee offertes ingediend voor dezelfde opdracht wat leidt tot de substantiële onregelmatigheid van beide offertes volgens artikel 103 van het KB van 8 januari 1996. De offertes worden bijgevolg niet weerhouden”.

Vervolgens worden de regelmatige offertes gerangschikt na nazicht en wordt na een financiële controle van de laagste offerte, dit is deze van de tussenkomende partij, voorgesteld de opdracht voor elk perceel aan laatstgenoemde toe te kennen.

1.6. Blijkbaar deelt het bestuur reeds op 30 september 2004 telefonisch aan de verzoekende partij mede dat haar tweede offerte weliswaar de laagste prijs bevat maar dat de opdracht haar niet kan worden toegewezen omdat de intrekking van de eerste offerte slechts bij aangetekende brief mocht gebeuren.

In een faxbericht van 30 september 2004 aan het bestuur stelt de verzoekende partij dat zij op grond van een prijsvergelijking de meest gunstige offerte blijkt te hebben ingediend en dat het feit dat zij het bestuur vóór de opening van de offertes, na telefonisch overleg en met akkoord van het bestuur, per fax op de hoogte stelde van de intrekking van de eerste offerte, geen reden is om haar offerte niet te kiezen aangezien volgens het Burgerlijk Wetboek faxen en zelfs e-mails nu effectieve rechtsgeldigheid hebben en dus geen aangetekende zending vereist is.

In een faxbericht en brief van 30 september 2004 argumenteert de raadsman van de verzoekende partij omstandig waarom zijn cliënte niet akkoord gaat met het standpunt van het bestuur dat de opdracht niet aan haar mag worden gegund omdat de intrekking van de eerste offerte enkel per aangetekende zending mocht gebeuren. In essentie wordt daarin gesteld wat thans in het eerste middel is vervat.

1.7. In een brief van 3 november 2004 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mede dat zij voor geen der percelen werd “weerhouden”. Er wordt gewezen op de beroepsmogelijkheid bij de Raad van State en aangekondigd dat het bestuur een termijn van 15 kalenderdagen zal in acht nemen tussen de mededeling van deze beslissing en de betekening van de toewijzingsbeslissing aan de begunstigde.

1.8. In een faxbericht en brief van 5 november 2004 delen de raadslieden van de verzoekende partij mede dat deze zinnens is een beroep bij de Raad van State in te stellen en vragen zij om mededeling van het gunningsverslag, het proces-verbaal van de opening en van de toewijzingsbeslissing.

1.9. Met een faxbericht van 5 november 2004 en een brief van 9 november 2004 deelt het bestuur het volledig aanbestedingsverslag mee alsmede twee bijlagen, het proces-verbaal van de opening der inschrijvingen en het telefaxbericht van 17 september 2004;

## 2. Over de ontvankelijkheid.

Overwegende dat de tussenkomende partij een “voorbehoud” maakt inzake de identiteit tussen de verzoekende partij en de inschrijver op de in het geding zijnde opdracht, waarmee zij zich identificeert; dat er vooralsnog geen noodzaak bestaat om over dit “voorbehoud” uitspraak te doen; dat een onderzoek van en een uitspraak daarover slechts noodzakelijk zou zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is;

## 3. Over de grondvoorwaarden tot schorsing.

3.0. Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

3.1.1. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat twee middelen worden aangevoerd; dat het eerste middel steunt op schending van de artikelen 81ter en 105, §2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, alsook de schending van het vertrouwensbeginsel en van het rechtszekerheidsbeginsel; dat, wat de voormelde bepalingen betreft, de verzoekende partij in essentie stelt dat een telefax een elektronisch middel is in de zin van artikel 81bis van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 zoals blijkt uit die definitie en uit het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 18 februari 2004 tot wijziging, wat het toegangsverbod tot bepaalde opdrachten en het uitvoeren van elektronische middelen betreft, van een aantal koninklijke besluiten genomen ter uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en voldoet aan de eerste drie voorwaarden van artikel 81ter die toepasselijk zijn op de inschrijvers;

Overwegende dat de verzoekende partij bij dit eerste middel nader betoogt dat, aangezien bij het verzenden van een faxbericht de handtekening met de hand geplaatst kan worden, de eerste voorwaarde, namelijk een elektronische handtekening, niet toepasselijk is, dat, nu de verzender van een faxbericht middels een rapport op de hoogte gebracht wordt van de verzending, ook voldaan is aan de tweede voorwaarde, dat het precieze tijdstip van ontvangst door de bestemming automatisch wordt vastgesteld door een ontvangstbewijs dat via elektronische middelen wordt verzonden; dat de verzoekende partij in dit verband nog wijst op artikel 2281 van het Burgerlijk Wetboek waardoor een kennisgeving per telefax die resulteert in een schriftelijk stuk aan de zijde van de geadresseerde, als een schriftelijke kennisgeving wordt beschouwd, op het nog niet in werking getreden nieuw artikel 32 van het Gerechtelijk Wetboek dat bepaalt dat wanneer de wet een aangetekende brief voorschrijft voor een proceshandeling, deze vervangen kan worden door een zending per fax, mits dit een ontvangstbewijs oplevert vanwege de geadresseerde en op het feit dat de informatie die de verzender via het faxbericht ontvangt uitgebreider is dan bij een aangetekende brief, waar de verzender enkel beschikt over het bewijs dat de brief op de post is gedaan maar niet over het feit of, wanneer en bij wie de brief is aangekomen, tenzij de aangetekende brief met kennisgeving van ontvangst werd verzonden wat in artikel 105 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet wordt vereist; dat, in verband met de derde voorwaarde van artikel 81ter, namelijk de vrijwaring van integriteit van de

doorgestuurde mededelingen en uitwisselingen alsook van de gegevensopslag, de verzoekende partij opnieuw naar het ontvangstrapport verwijst dat aangeeft hoeveel pagina's werden verstuurd en ontvangen; dat zij voorts doet gelden dat de verwerende partij niet betwist dat zij de intrekkingfax heeft ontvangen, hetgeen integendeel wordt vermeld in het proces-verbaal van opening der inschrijvingen, zodat voldaan is aan de finaliteit van de voormelde artikelen 81ter en 105, §2 en dat het niet de bedoeling kan zijn de meest gunstige offerte te weren, dat aldus voldaan is aan de voorwaarden van artikel 81ter en de intrekking per telefax, gedaan en ontvangen voor de opening van de offertes, niet nog eens aangetekend diende te worden bevestigd zodat de verwerende partij enkel nog de tweede offerte in acht mocht nemen en er dus geenszins sprake is van twee offertes; dat, wat het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel betreft, deze volgens de verzoekende partij geschonden zijn doordat de verwerende partij zelf heeft aangegeven dat de intrekking per faxbericht kon terwijl zij daar nu op terug komt;

3.1.2. Overwegende dat het artikel 105 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt hetgeen volgt :

“§1. Om een reeds opgestuurde of ingediende offerte te wijzigen of in te trekken, is een schriftelijke verklaring vereist, die door de inschrijver of zijn gemachtigde behoorlijk is ondertekend.

[...]

§2. De intrekking kan ook per telegram, telex of telefax worden meegedeeld voor zover :

1° zij bij de voorzitter van de zitting voor de opening van de offertes toekomt alvorens hij de zitting opent.

2° en zij wordt bevestigd per aangetekende brief, afgegeven bij de post ten laatste de dag die aan de zitting voor het openen van de offertes voorafgaat. Deze voorwaarde is niet van toepassing indien elektronische middelen die voldoen aan artikel 81ter worden gebruikt”;

dat te dezen niet lijkt te worden betwist dat de intrekking voldoet aan artikel 105, §1, dat de telefax bij de voorzitter van de zitting vóór de opening van de offertes toekwam alvorens hij de zitting opende en dat er geen aangetekende bevestiging werd verzonden; dat enkel wordt betwist of deze bevestiging al dan niet nog vereist was, hetgeen volgens de verzoekende partij niet het geval was aangezien een elektronisch middel zou zijn gebruikt dat voldoet aan artikel 81ter;

Overwegende dat volgens artikel 81quater, §1, eerste lid, van het meervernoemde besluit de aanbestedende overheid het gebruik van elektronische middelen in welk stadium van de procedure niet mag opleggen en elke andersluidende bepaling voor niet geschreven wordt gehouden; dat artikel 81quater, §1, tweede lid,

bepaalt dat “in de te publiceren aankondiging of in het bestek, naar gelang van het geval, de aanbestedende overheid [vermeldt] of de aanvragen tot deelneming of de offertes eveneens via elektronische middelen kunnen worden opgesteld en/of verzonden”; dat artikel 81quater, §1, vierde lid, ten slotte bepaalt : “In ongeacht welk stadium van de procedure na ontvangst van de aanvragen tot deelneming of van de offertes kunnen de kandidaten of inschrijvers en de aanbestedende overheid overeenkomen om hun schriftelijke stukken via elektronische middelen op te stellen en/of te verzenden. Het akkoord moet schriftelijk worden vastgelegd en, indien een partij een document via deze middelen heeft opgesteld en/of verzonden, betekent dit nog niet dat zij akkoord gaat met het gebruik van deze middelen. Dit schriftelijk akkoord moet betrekking hebben op de te gebruiken hulpmiddelen en de elektronische adressen vermelden die voor de kennisgeving van de via deze hulpmiddelen verzonden documenten kunnen worden gebruikt”.

Overwegende dat te dezen noch de aankondiging noch het bestek vermelden dat de offertes via elektronische middelen kunnen worden opgesteld en/of verzonden zoals vereist in het voormelde artikel 81quater, §1, tweede lid; dat evenmin blijkt dat er een schriftelijk akkoord is in de zin van artikel 81quater, §1, vierde lid, tussen de aanbestedende overheid en de verzoekende partij over het opstellen/verzenden van hun schriftelijke stukken via elektronische middelen; dat hieruit lijkt te moeten worden afgeleid dat voor de intrekking van de offerte geen gebruik mocht worden gemaakt van elektronische middelen zodat om die reden alleen al de voorwaarde van bevestiging per aangetekende brief van een intrekkingstelefax in artikel 105, §2, 2°, eerste zinsdeel, blijft gelden en dat het bestuur terecht oordeelde dat de intrekking van de eerste offerte niet regelmatig was;

Overwegende voorts dat aldus het argument, dat de intrekkingstelefax ontvangen is en dus aan de finaliteit van de artikelen 81ter en 105, §2, is voldaan niet relevant lijkt; dat de voorwaarde van de bevestiging immers geen zin zou hebben indien het feit zou volstaan dat de telefax tijdig is ontvangen;

Overwegende ten slotte, wat betreft de verwijzing naar artikel 2281 van het Burgerlijk Wetboek, dat alvast in de huidige stand van de procedure niet meteen duidelijk is op welke wijze deze algemene bepaling van dat Wetboek afbreuk kan doen aan meer specifieke regels die gesteld worden inzake overheidsopdrachten in de daarvoor toepasselijke regelgeving zoals te dezen in artikel 105 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996; dat die vraag eveneens rijst

in verband met de verwijzing naar artikel 32 Gerechtelijk Wetboek, een bepaling die bovendien nog niet in werking is getreden en ook daarom alleen al niet relevant lijkt;

Overwegende dat aldus niet lijkt aangetoond dat de ingeroepen artikelen 81ter en 105, §2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 werden geschonden; dat ze integendeel correct lijken te zijn toegepast zodat evenmin een schending van het vertrouwens- of rechtszekerheidsbeginsel geschonden lijkt door de intrekking -alleen per faxbericht- niet te aanvaarden; dat, nog los van de vraag of mondeling door het bestuur inderdaad werd verklaard dat de intrekking met een faxbericht zou hebben volstaan, een dergelijke verklaring in ieder geval niet lijkt te kunnen ingaan tegen de toepasselijke regelgeving zoals deze in het voormelde artikel 105 is vervat; dat het middel in zijn geheel niet ernstig is;

3.2.1. Overwegende dat een tweede middel steunt op “schending van artikel 21bis, §2, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten; Schending (van het algemeen rechtsbeginsel) van de formele en materiële motiveringsplicht”; dat volgens de verzoekende partij deze bepalingen geschonden zouden zijn doordat noch uit de kennisgeving van 3 november 2004 noch uit het gunningsverslag, dat niet door verwerende partij maar door een studiebureau werd opgesteld, impliciet of expliciet blijkt dat het bestuur rekening hield met het betoog van de verzoekende partij en haar raadslieden in de brieven van 30 september 2004, inhoudend dat de intrekkingsfax niet meer aangetekend bevestigd moest worden, dat de verzoekende partij de mogelijkheid werd geboden haar argumenten uiteen te zetten wat erop wijst dat de verwerende partij de betwisting pertinent vond zodat, nu de argumentatie van de verzoekende partij een minimale ernst vertoonde, volgens bepaalde rechtsleer de motiveringsplicht vereist dat op dit precieze punt werd ingegaan;

3.2.2. Overwegende dat in de huidige stand van het geding kan worden volstaan met de vaststelling dat uit het gunningsverslag, dat aan de verzoekende partij werd meegedeeld, blijkt dat de offerte niet werd “weerhouden” omdat de intrekking van de eerste offerte enkel per faxbericht gebeurde en niet, zoals vereist in artikel 105, §2, werd bevestigd in een aangetekende brief verzonden uiterlijk de dag vóór de openingszitting, zodat de eerste offerte geldig is en bijgevolg twee offertes werden ingediend voor eenzelfde opdracht wat volgens artikel 103 van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 een substantiële onregelmatigheid is; dat de verzoekende partij dit motief kende en er zich tegen kon verweren zoals zij ook heeft gedaan in het eerste middel waarin juist wordt betwist dat nog een bevestiging per aangetekend schrijven vereist is; dat aldus lijkt te zijn voldaan aan de bedoeling van de formele motiveringsplicht zodat de verzoekende partij geen belang heeft bij dit onderdeel van het middel; dat haar argumentatie, dat niet wordt geantwoord op haar betoog in haar brieven van 30 september 2004, daarbij niet tot een andere conclusie lijkt te moeten leiden; dat immers in beginsel een orgaan van actief bestuur niet gehouden is te antwoorden op alle feitelijke en juridische argumenten van partijen maar dat het volstaat dat een bestuursbeslissing, zoals te dezen, op zich afdoende gemotiveerd is;

Overwegende voorts, wat de materiële motivering betreft, dat het eerste middel waarin deze werd aangevochten niet ernstig is gebleken; dat aldus niet lijkt te zijn aangetoond dat te dezen de eerste bestreden beslissing in haar materiële motivering niet deugdelijk zou zijn; dat het middel in zijn geheel niet ernstig is;

Overwegende dat in geen van de middelen een verband lijkt te worden gelegd met de tweede aangevochten “impliciet genoemde” beslissing; dat aldus ten aanzien van die beslissing, die overigens door geen van de partijen wordt overgelegd, geen middelen zijn aangevoerd, laat staan ernstige;

3.3. Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat niet is voldaan aan de tweede van de door artikel 17 gestelde voorwaarden op grond waarvan een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden toegewezen; dat die vaststelling volstaat om die vordering af te wijzen,

## **B E S L U I T :**

### **Artikel 1.**

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Abo in de schorsingsprocedure wordt ingewilligd.

### **Artikel 2.**

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

### **Artikel 3.**

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op dertig november 2004, door :

de H. D. VERBIEST,  
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,  
griffier.

**De griffier,**

**De voorzitter,**

**S. DOMS.**

**D. VERBIEST.**